

University of Groningen

Rechtsantropologische studies van geschilbeslechting

Baerends, Els A.

Published in:
EPRINTS-BOOK-TITLE

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
1992

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Baerends, E. A. (1992). Rechtsantropologische studies van geschilbeslechting: Noot 8.2. In *EPRINTS-BOOK-TITLE*

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Noot 8.2

RECHTSANTROPOLOGISCHE STUDIES VAN GESCHILBESLECHTING

Rechtsantropologisch onderzoek naar het (ongeschreven) recht van een samenleving (of 'semi-autonoom sociaal veld') kent een drietal - door Hoebel (1954) onderscheiden - benaderingswijzen die echter alleen in combinatie volledig inzicht opleveren:

- onderzoek naar expliciet geformuleerde gedragsregels, aangeduid als de 'rule-seeking method', ook wel de 'ideological method' omdat het vaak de ideale normen zijn die expliciet worden geformuleerd;
- onderzoek naar de wijze waarop rechtsregels worden gehanteerd en nagevolgd in het dagelijks leven, de 'descriptive method'; en
- onderzoek waarbij de aandacht gericht wordt op concrete geschillen, de 'case method'.

De 'rule-seeking method' wordt gekenmerkt door het beschrijven van niet-westerse rechtssystemen op basis van een systematische verzameling van 'rechtsregels' ontleend aan vraaggesprekken met gezaghebbende informanten. Dit gebeurde vooral in de 19e eeuw aan de hand van vooropgestelde, stereotype vragenlijsten¹ en later ook in koloniale en post-koloniale situaties waar een poging werd gedaan tot codificatie van inheemse rechtssystemen.² Hoebel noemt ten onrechte de Nederlandse adatrechtschool als een voorbeeld van de 'rule-seeking' method. Hij gaat hiermee voorbij aan de zorgvuldige en methodisch doordachte wijze waarmee adajuristen gedurende jarenlange praktijkervaring gegevens over de 'warne rechtswerkelijkheid' verzamelden.³

De 'descriptive method' houdt in het geven van een nauwkeurige beschrijving van de normale dagelijks gang van zaken in concrete gevallen, zoals het sluiten van overeenkomsten, het sluiten van huwelijken, het toewijzen van grond, het adopteren van kinderen of het verdelen van een erfenis. Aangezien de antropoloog in het veld niet altijd al deze gebeurtenissen zelf zal kunnen bijwonen, moet hij/zij de eigen observatie aanvullen met verhalen van (sleutel)-informanten. Deze informatie moet betrekking hebben op concrete gebeurtenissen welke de informant zelf heeft meegemaakt en die geverifieerd kan worden met de verhalen van andere aanwezigen. Beschrijvingen in algemene termen of aan de hand van hypothetische gevallen behoren tot de 'rule-seeking method'.

Sinds de jaren vijftig is in de rechtsantropologie in toenemende mate de aandacht gericht op geschilbeslechting in diverse vormen welke, al of niet naast elkaar, bestaan in verschillende samenlevingen. Er is een aantal redenen aan te wijzen

1. Zie bv. Royal Anthropological Institute 1874; vgl. Schott 1982 over de Duitse 'Ethnologische Jurisprudenz'.

2. Over het zgn. 'Restatement of African Law Project' zie Strijbosch 1980.

3. Zie de 'Adatrechtwijzer' in Van Vollenhoven 1918.

voor deze sterke interesse voor processen van geschilbeslechting. In de eerste plaats zijn rechtsantropologen steeds meer geïnteresseerd geraakt in de vraag naar de werking van recht en sociale controle in de praktijk terwijl de vraag naar de geldende rechtsregels, het specifieke materiële recht van een bepaalde samenleving (het zogenaamde 'rule-centered paradigm') minder interessant werd gevonden (zie Comaroff en Roberts 1981). Ten tweede bieden geschillen een concreet object van onderzoek, daar waar het moeilijk is een categorie verschijnselen als 'juridisch' af te grenzen binnen de sociale werkelijkheid. Dit geldt eens te meer voor samenlevingen met een ongeschreven rechtssysteem en weinig gespecialiseerde juridische instituties waar rechtsantropologen vaak mee te maken hebben.

Een grote invloed op de ontwikkeling van de zogenaamde 'case-method' in de rechtsantropologie is uitgegaan van de klassieke studie van de jurist Llewellyn (een vooraanstaande 'Legal Realist') en de antropoloog Hoebel over rechtspraak bij de Cheyenne-indianen van Noord Amerika in de tweede helft van de vorige eeuw, geheel gebaseerd op gevallen van geschilbeslechting ('trouble-cases') (Llewellyn en Hoebel 1941). Llewellyn en Hoebel stelden dat,

Norms, 'right ways,' departure from which involves somebody's doing something about it, are significantly different from norms whose disregard has no such consequence.... A person can watch them effectively, however, only in cases of departure, of dispute, of trouble. (1941: 24)

Bij de 'case-method' concentreert het empirisch onderzoek zich op het verzamelen van gegevens over concrete geschillen en het verloop hiervan. Geschillen worden gezien als 'the main index of law or its primary locus' (Epstein 1967). De 'case-method' werd bij uitstek geschikt geacht voor de vorming van algemene vergelijkende theorie. Processen van geschilbeslechting in verschillende samenlevingen bieden volgens vele rechtsantropologen een beter perspectief voor inter-culturele vergelijking dan normensystemen of rechts-instituties (vgl. Gulliver 1979; Snyder 1981). Dit uitgangspunt kan zo absoluut gesteld worden dat de andere benaderingswijzen van recht als niet relevant terzijde worden geschoven. Gulliver (1969) en Abel (1969 en 1974) beweren boudweg dat 'the study of the case, or the dispute, or the conflict, should be the only focus of the study of law' (Abel 1969: 613). Gluckman (1973) geeft de beperkingen aan van een dergelijke eenzijdige benadering van het recht in een samenleving d.m.v. de 'case-method' (Gluckman 1973; Holleman 1986).

In de loop der tijd hebben rechtsantropologische studies een grote hoeveelheid empirische gegevens opgeleverd betreffende geschilbeslechting in niet-westerse samenlevingen, welke als basis kunnen dienen voor interculturele vergelijking (Nader en Todd 1978; Nader, Koch en Cox 1966).

Een van de belangrijkste bijdragen aan de studie van geschilbeslechting is geleverd door Gulliver, die veldonderzoek verrichtte in twee Oostafrikaanse samenlevingen, die van de Arusha en die van de Ndendeuli, in ecologisch zeer verschillende gebieden van het tegenwoordige Tanzania. De geschilbeslechting in beide samenlevingen, die van oudsher geen centraal politiek gezag kennen, bestaat uit een proces van tweezijdige onderhandeling ('negotiation') waarbij de strijdende partijen tot een gezamenlijke beslissing komen, al dan niet met tussenkomst van bemiddelaars ('mediation') (Gulliver 1963 en 1971).

Gulliver heeft later een theoretisch model ontworpen voor analytische vergelijking van geschilbeslechting door onderhandeling in verschillende samenlevingen (Gulliver 1979). Gulliver stelt bilaterale geschilbeslechting, 'negotiation', tegenover 'adjudication', de behandeling van een conflict tussen twee partijen door een onpartijdige derde, die door de samenleving met gezag bekleed is om aan partijen een beslissing op te leggen. In de praktijk is dit analytisch onderscheid niet altijd zo scherp te trekken.

Bij vergelijking van geschilbeslechting in diverse samenlevingen wordt meestal gezocht naar een verband tussen de sociale organisatie en de wijze waarop conflicten worden behandeld. Zo vergelijkt Collier (1979) twee naburige gemeenschappen in de hooglanden van Chiapas die verschillen in het soort processen van geschilbeslechting en in de bereidheid van mensen op te treden als bemiddelaars buiten hun eigen familieverband. Collier legt verband tussen deze verschillen en de verschillen in sociale gelaagdheid binnen deze twee gemeenschappen, welke weer verband houdt met de economische en politieke positie van deze gemeenschappen in wijder verband binnen de staat Mexico.

De aard van de relatie tussen partijen en de wens om de relatie voort te zetten of te beëindigen zijn beide van invloed op de keuze voor een bepaalde wijze van geschilbeslechting, en de keuze van een geschilbeslechtende instantie. De aard van het geschil speelt ook een rol, maar deze is ondergeschikt aan de waarde die door partijen gehecht wordt aan hun onderlinge relatie. Uit diverse studies blijkt dat partijen zich wenden tot meer formele rechtsinstanties als zij weinig of geen prijs (meer) stellen op voortzetting van de relatie met de tegenpartij (vgl. Todd 1978; Noot 3.3).

In vele gevallen zijn de lokale, 'traditionele' rechtsinstanties die eigen zijn aan kleinschalige samenlevingen in hun wijze van omgaan met conflicten bedacht op de mogelijkheid, dan wel de noodzaak, van relatieherstel. Tijdens het proces van geschilbeslechting krijgen partijen ruimschoots de gelegenheid hun hart te luchten, de gang van zaken wordt door de rechtsprekende instantie vaak opzettelijk vertraagd (verdaagd) om een afkoelingsperiode te scheppen en in de discussie tijdens de rechtszitting worden partijen nadrukkelijk gewezen op de fouten die zij hebben gemaakt, terwijl er weinig of geen nadruk wordt gelegd op het 'gelijk' van één der partijen ten opzichte van de ander. Het is opvallend dat bijvoorbeeld in de rechtspraak bij de Anufom (Noord Togo) niet wordt gezegd 'hij heeft gelijk', maar 'hij heeft geen ongelijk'. In vele gevallen is het belangrijkste aspect van het proces van geschilbeslechting het feit dat de rechten en verplichtingen in de relatie van partijen in het openbaar geanalyseerd en opnieuw gedefinieerd worden.

Bij de bestudering van geschillen doet zich het probleem voor van afbakening in de tijd: wanneer begint een geschil en wanneer is het afgelopen? Tegenwoordig is men meer en meer overtuigd van de noodzaak deze grenzen niet te eng te trekken en zowel de voorgeschiedenis als de afloop en de nawerking mee in beschouwing te nemen ('extended case study' of 'situational analysis'). Het geschil wordt gezien als een integraal aspect van de voortdurende relatie tussen partijen (Van Velsen 1967). Zoals Abel (1974: 228) opmerkt zijn uitdrukkingen zoals 'geschilbeslechting' of 'het oplossen van een conflict' misleidend, want "the outcome of most conflicts and disputes are other conflicts and disputes, with at most a temporary respite between them" (vgl. ook K. von Benda Beckmann 1984: 103 e.v.).

Bij vergelijking tussen vormen van niet-westerse en westerse geschilbeslechting moet terdege rekening worden gehouden met het niveau en de context van de vergeleken rechtspraak, aangezien anders ten onrechte de indruk gewekt wordt dat geschilbeslechting in niet-westerse samenlevingen voornamelijk is gericht op verzoening en rechtspraak in westerse samenlevingen niet (zie de *Inleiding*, paragraaf 5.3 over 'valse vergelijkingen').

De rol van normen bij geschilbeslechting heeft bij enkele rechtsantropologen bijzondere aandacht gekregen (Fallers 1969; Gluckman 1955; Gulliver 1963; Comaroff en Roberts 1977, 1981). De vraag hierbij is in hoeverre normen de opstelling van de partijen en de beslissing van de rechters bepalen en in hoeverre ze louter opportunistisch worden aangevoerd en de werkelijk bepalende factor - macht - helpen te camoufleren. Wanneer overigens verzoening en relatieherstel een belangrijk doel zijn in de rechtspraak hoeft dit nog niet te betekenen dat er in het proces van geschilbeslechting geen duidelijke normen worden gehanteerd (vgl. Comaroff en Roberts 1977).

Trouble-less cases, 'gesteunde naleving' en 'preventieve rechtszorg'

Een benadering van het recht in een samenleving door de aandacht uitsluitend te richten op geschilbeslechting, is evenwel te beperkt. Slechts een (klein) gedeelte van het geldende recht komt naar voren in geschillen, in de meeste gevallen en voor de meeste mensen is vrijwillige naleving van het recht de gewoonste zaak van de wereld. Holleman (1986) maakt aan de hand van een sprekend voorbeeld duidelijk dat de drie benaderingswijzen door Hoebel (1954) onderscheiden, alleen in combinatie leiden tot volledig inzicht. Hij wijst met nadruk op het belang van de bestudering van het recht buiten geschil, zoals dit nageleefd en gehanteerd wordt in het alledaagse sociale verkeer, de bestudering van 'trouble-less cases' als aanvulling op de studie van 'trouble-cases'.

Een belangrijke bijdrage op dit gebied is geleverd door onderzoekers van de Nederlandse adatrechtsschool, in de eerste decennia van deze eeuw (Noot 1.2). Zij hebben gewezen op het belang van bepaalde mechanismen in het rechtsleven die ten doel hebben het vermijden van rechtsonzekerheid en het voorkomen van eventuele latere geschillen. Deze mechanismen worden aangeduid als 'gesteunde naleving' en 'preventieve rechtszorg'. Naast vrijwillige naleving enerzijds en het afdwingen van naleving anderzijds, bestaat een tussenvorm, de *gesteunde naleving* van recht waarbij bepaalde gezagsdragers in de samenleving de taak hebben enerzijds toezicht uit te oefenen op de juiste gang van zaken en correcte toepassing van geldend recht bij rechtshandelingen en besluitvorming in goede banen te leiden en anderzijds garant te staan voor de naleving van de onder hun verantwoordelijkheid genomen besluiten. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij huwelijksluiting en -ontbinding, de verdeling van erfenissen, het toewijzen van rechten op grond.

Preventieve rechtszorg is een middel tot staving van de feiten om te voorkomen dat deze later betwist worden. Essentieel hierbij is deelname van leden uit de samenleving, vooral van gezaghebbende personen, aan transacties waardoor zij te kennen geven dat zij kunnen instaan voor de handeling, dat wil zeggen geen juridisch bezwaar tegen de transactie te hebben en dat zij deze indien nodig later zullen verdedigen. De aanwezige gezagsdragers worden formeel 'op de hoogte gesteld' en dragen hierdoor als 'opzettelijke getuige' mede verantwoordelijkheid voor enerzijds de juistheid en anderzijds het naleven van de gemaakte afspraken.

Degenen die aanwezig zijn geweest bij een rechtshandeling zullen in voorkomende gevallen moeten getuigen van het feit dat deze handeling heeft plaats gehad en van de inhoud van de gemaakte afspraken.

Hoewel gesteunde naleving en preventieve rechtszorg vermoedelijk het meest effectief zijn in kleinschalige gemeenschappen met ongeschreven recht en weinig gespecialiseerde juridische instituties, zijn er ook voorbeelden te vinden in het moderne, westerse recht. Zo vertoont bijvoorbeeld de rol van de notaris bij het passeren van een akte veel overeenkomsten met de preventieve rechtszorg zoals beschreven voor samenlevingen in Indonesië en elders.

In meer recente rechtsantropologische studies is weinig systematisch aandacht hiernaar besteed al zijn er wel beschrijvingen te vinden van situaties waarin dit aspect van de rechtswerkelijkheid de aandacht krijgt (Baerends 1988). In de door Merry (tekst nr 8) beschreven openbare ceremoniën welke worden gehouden ter afsluiting van een proces van bemiddeling en waarbij de aanwezigheid van lokale gezagsdragers van groot belang is voor de bekrachtiging van de gemaakte afspraken, is in wezen ook sprake van gesteunde naleving en preventieve rechtszorg. Ook in het formeel aanbieden van verontschuldigheden beschreven door Collier (tekst nr 7) vinden we deze vormen van sociale controle.

LITERATUUR

- ABEL, R.L.
1974 'A comparative theory of dispute institutions in society.' *Law and Society Review* 8: 217-347.
- BAERENDS, E.A.
1988 'Een moment van waarheid op de grens van leven en dood: Het dragen van het lijk van Tonto Koku bij wijze van waarzeggerij (Anufon, Noord Togo).' In A. Schreiner en F. Srijbosch, red., *Recht en Magie* (speciale aflevering van *Recht der Werkelijkheid*, 1988/2).
- BENDA-BECKMANN, K. von
1964 *The Broken Stairways to Consensus: Village Justice and State Courts in Minsunghean*. Dordrecht: Foris Publications.
- COLLIER, J.
1979 'Stratification and dispute handling in two highland Chiapas communities.' *American Ethnologist* 6: 305-327.
- COMAROFF, J. en S.A. ROBERTS
1977 'The invocation of norms in dispute settlement: the Tswana case.' Pp. 77-113 in Ian Hammett, red., *Social Anthropology and Law*. London/New York: Academic Press.
1981 *Rules and Processes*. Chicago: University of Chicago Press.
- EPSTEIN, A.L.
1967 'The case method in the field of law.' Pp. 205-230 in A.L. Epstein, red., *The Craft of Social Anthropology*. London: Tavistock Publications.
- FALLEYS, L.A.
1969 *Law without Precedent: Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Bwena*. Chicago: Chicago University Press.
- FELSTINER, W.L.F.
1974 'Influences of social organization on dispute processing.' *Law and Society Review* 9: 63-94.
- FELSTINER, W.L.F., R. ABEL, en A. SARAT
1981 'The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming.' *Law and Society Review* 15: 631-654.
- GLUCKMAN, M.
1955 *The Judicial Process among the Barotsi of Northern Rhodesia (Zambia)*. Manchester: Manchester University Press (herz. uitg. 1973).
1973 'Limitations of the case method.' *Law and Society Review* 6: 611-641.
- GULLIVER, P.H.
1969 Introduction to 'Case studies of law in non-western societies.' In I. Nader, red., *Law in Culture and Society*. Chicago: Aldine.
1963 *Social Control in an African Society*. London: Routledge and Kegan Paul.

- 1971 *Neighbours and Networks*. Berkeley CA: University of California Press.
- 1979 *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*. New York/London: Academic Press.
- HOEHEL, E.A.
1954 *Law of Primitive Man*. Cambridge: Harvard University Press.
- HOLLEMAN, J.P.
1974 'Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law and legal reform.' *Law and Society Review* 7: 585-609; herdrukt pp. 110-131 in K. von Benda-Beckmann and F. Stijlbosch, red., *Anthropology of Law in the Netherlands*. Dordrecht: Foris Publications, 1986.
- LJEWELLYN, K.N. en E.A. HOEHEL
1941 *The Cheyenne Way*. Norman OK: University of Oklahoma Press.
- MATHIEU, L. en B. YNGVESSON
1980 'Laegangs, audience and the transformation of disputes.' *Law and Society Review* 15: 775-821.
- NADER, L.
1984 'From disputing to complaining.' Pp. 71-94 in D. Black, red., *Toward a General Theory of Social Control* (vol I). New York: Academic Press.
- NADER, L. en H.F. TODD (red.)
1978 *The Disputing Process: Law in Ten Societies* New York: Columbia University Press.
K.-F. KOCH en B. COX
1966 'The ethnography of law: a bibliographic survey.' *Current Anthropology* 7: 267-294.
- ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE
1874 *Notes and Queries on Anthropology* (herz. uitg. 1964). Londen: Routledge and Kegan Paul.
- SCHOTT, R.
1982 'Main trends in German ethnological jurisprudence and legal ethnology.' *Journal of Legal Pluralism* 20: 37-58.
- SNYDER, F.
1981 'Anthropology, dispute processes and law: a critical introduction.' *British Journal of Law and Society* 8: 141-180.
- STARR, J. en B. YNGVESSON
1975 'Scarcity and disputing: zeroing in on compromise decisions.' *American Ethnologist* 2: 553-566.
- STREJBOSCH, F.
1980 *Juristen en de studie van volksrecht in Nederlands Indië en Anglofoon Afrika* Nijmegen: Katholieke Universiteit (Publicatie over Volksrecht)
- TODD, H.F.
1978 'Litigious marginal: character and disputing in a Benarian village.' in Nader en Todd 1978.
- VELSEN, J.
1967 'The extended case method and situational analysis.' Pp. 129-149 in A.L. Epstein, red., *The Craft of Social Anthropology*. Londen: Tavistock Publications.
- 1969 'Procedural informality, reconciliation, and false comparisons.' Pp. 137-152 in M. Gluckman, red., *Idioms and Procedures in African Customary Law*. Oxford: Oxford University Press.
- VOLLENHOVEN, C. van
1918 *Het adatrecht van Nederlands Indië* (3 delen: 1918, 1931 en 1933). Leiden: Brill.